

# La regulación actual de las bajas desproporcionadas y la doctrina del TACRC



**Jorge Castejón González**  
Interventor y Auditor del Estado

## 1.- INTRODUCCIÓN

*"... hay algunos trabajos en los últimos años que no se han terminado y que no se terminarán, y todo eso, Monseñor, por la confusión que causan las frecuentes rebajas que se hacen en sus obras, lo que no sirve más que para atraer como contratistas a los miserables, pillos o ignorantes, y ahuyentar a aquellos que son capaces de conducir una empresa. Yo digo más, y es que ellos retrasan y encarecen considerablemente las obras porque esas rebajas y economías tan buscadas son imaginarias y lo que un contratista que pierde hace lo mismo que un náufrago que se ahoga, agarrarse a todo lo que puede; y agarrarse a todo, en el oficio de contratista, es no pagar a los suministradores, dar salarios bajos, tener peores obreros, engañar sobre todas las cosas y siempre pedir misericordia contra esto y aquello. ...Y de ahí bastante, Monseñor, para hacerle ver la imperfección de esa conducta, abandónela pues, y, en nombre de Dios, restablezca la buena fe; encargar las obras a un contratista que cumpla con su deber será siempre la solución más barata que podréis encontrar."*<sup>1</sup>

Como puede observarse, el problema de las bajas temerarias (y de las desviaciones presupuestarias de las obras) no es de nuevo cuño sino que ya en épocas muy lejanas se observaba el hecho que de manera tan explícita relataba el Comisario General de Fortificaciones de Luis XIV.

En nuestro ordenamiento jurídico tampoco se puede afirmar que sea una figura reciente, sino que encon-

tramos antecedentes tales como la Ley 1981/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado:

*"El sistema se complementa con la posibilidad de que la autoridad competente para adjudicar definitivamente un contrato pueda, en todo caso, incluido el de subasta, rechazar la propuesta de las autoridades inferiores en un sentido determinado. Ello implica llevar a sus últimas consecuencias el principio, limitadamente reconocido en nuestro ordenamiento positivo, de que la adjudicación provisional no genera derecho alguno en favor de su beneficiario, conclusión extrema que no carece de precedentes en el Derecho comparado y que puede servir a. diversas finalidades, incluida, por supuesto, la de hacer frente a las bajas inmoderadas producidas en las licitaciones públicas"*

Esta regulación fue desarrollada y mejorada a través de sucesivas reformas y normas reglamentarias con una indudable influencia de las directivas comunitarias en materia de contratación, de la jurisprudencia comunitaria al respecto<sup>2</sup> y de los informes emitidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Sin perjuicio del interés que tiene analizar la evolución histórica del concepto, tanto en su finalidad como en su práctica, en esta ocasión vamos a analizar la regulación actual y las principales resoluciones que al respecto ha dictado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

<sup>1</sup> Extracto de la carta de Sébastien Le Prestre (Señor de Vauban y posteriormente Marqués de Vauban, llamado comúnmente Vauban) a Losvois, Ministro de la Guerra de Luis XIV (fechada el 17 de Julio de 1.683)

<sup>2</sup> Fundamentalmente las sentencias de 23 de abril de 2009, asunto C-292/07, Comisión/Bélgica o la sentencia de 27 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-285/99 y C-286-99, Lombardini y Mantovani.

## 2.- LA REGULACIÓN ACTUAL<sup>3</sup>

**La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.**

Esta Directiva agrupa la regulación básica para los distintos tipos de contratos en su artículo 55, que señala lo siguiente:

*“1. Si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta.*

*Dichas precisiones podrán referirse a:*

- a) el ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;*
  - b) las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;*
  - c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;*
  - d) el respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación;*
  - e) la posible obtención de una ayuda de Estado por parte del licitador.*
- 2. El poder adjudicador consultará al licitador y verificará dicha composición teniendo en cuenta las justificaciones aportadas.*
- 3. El poder adjudicador que compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado sólo podrá rechazar dicha oferta por esa única razón si consulta al licitador y éste no puede demostrar, en un plazo suficiente fijado por el poder adjudicador, que tal ayuda se ha concedido legalmente. El poder adjudicador que rechace una oferta por las razones expuestas deberá informar de ello a la Comisión.”*

<sup>3</sup> Por seguir un orden cronológico se expone en primer lugar el régimen de la normativa comunitaria. Conviene en este punto no profundizar en el significado de este artículo ya que se analizará la normativa nacional que transpone esta norma comunitaria.

Como se observa, la regulación a nivel comunitario no afecta a la definición objetiva de cuándo una oferta presenta estos valores anormales sino al procedimiento a seguir para evitar el rechazo automático de estas ofertas por los poderes adjudicadores.

### **El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público**

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público regula las ofertas con valores anormales o desproporcionados en el artículo 152<sup>4</sup>. Este artículo se sitúa dentro de la estructura de la Ley en el Libro III, Título I, Capítulo I, Sección 1ª, Subsección 4ª “Selección del adjudicatario”, por lo que entendemos que sería también aplicable a los procedimientos negociados o a los diálogos competitivos<sup>5</sup>:

*“Artículo 152. Ofertas con valores anormales o desproporcionados.*

- 1. Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.*
- 2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.*
- 3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al*

<sup>4</sup> Conforme a la Disposición Final Segunda del TRLCSP, tendrá carácter básico todo el artículo salvo el “segundo párrafo del apartado tercero” (En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente).

<sup>5</sup> De acuerdo con el informe la JCCAE 18/96 de 5 de junio de 1996 los procedimientos negociados no estaban sujetos a esta regulación que sólo estaba prevista para formas de adjudicación de subasta y concurso.

*ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.*

*En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente. Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada.*

4. *Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior.”*

Este artículo es de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, tanto administrativos como privados, con la referencia al carácter básico del artículo mencionada en la Disposición Final Segunda. Por otra parte, para el resto de poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública, aplicarán este procedimiento salvo las normas contenidas en los apartados 1 y 2 si se trata de contratos sujetos a regulación armonizada y para el resto de contratos de estos entes o para los contratos de los entes del sector público que no son poderes adjudicadores, no será de aplicación en ningún caso. No obstante, debe valorarse que por aplicación del principio de oferta económicamente más ventajosa no podrá rechazarse de manera automática una oferta por presentar valores anormales o desproporcionados, conforme a lo previsto en los pliegos reguladores de la contratación. La necesidad de inclusión en los pliegos debería recogerse, en nuestra opinión, en las normas o instrucciones internas previstas en los artículos 191 y 192 del TRLCSP. Así lo han reflejado, por ejemplo, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) o AENA.

En síntesis, se puede concluir que la regulación es aparentemente continuista en lo esencial respecto al Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) y reproduce fielmente el contenido del artículo 55 de la Directiva comunitaria que transpone (la 2004/18 comentada anteriormente), así, se pueden destacar las siguientes modificaciones:

1. Se incluye en el apartado 1 el verbo *poder* para referirse a la determinación de las ofertas con valores anormalmente bajos cuando exista un único criterio de valoración (antes subasta), que será el precio. Este hecho genera la duda de si se permitirá en los PCAP no incluir cláusulas, o incluir otras distintas de las establecidas reglamentariamente, para la verificación de si las ofertas se encuentran en la situación de anomalía de valores de manera equivalente a los supuestos de varios criterios de valoración (antes concursos). Esta cuestión se analizará en relación con las resoluciones del TACRC.
2. Se agrupan en un mismo artículo el régimen aplicable a las ofertas con valores anormales en procedimientos de un único criterio (precio) y de varios criterios.
3. Respecto al apartado 2, se matiza la redacción con el tiempo *podrán* en consonancia con el informe de la JCCAE 48/01.
4. Se detallan los motivos, en línea con lo expresado por la Directiva 2004/18, que podrá tener en consideración el licitador y el órgano de contratación para apreciar si la oferta puede ser cumplimentada en sus términos o no.
5. Se eliminan las garantías específicas reguladas en el TRLCAP.

Así mismo, debe añadirse que el artículo 161.3 TRLCSP amplía, en 15 días hábiles, los plazos regulados en los apartados 1 y 2 para los supuestos en los que sea necesario tramitar el procedimiento previsto en el artículo 152.3.

### **El Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**

Respecto al desarrollo reglamentario que se cita en el 152.1 TRLCSP, éste no se ha producido, por lo que sigue en vigor en lo que no se oponga el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).



El RGLCAP presentó en su momento, entre otras, las **novedades** relativas a la posibilidad de aplicar el régimen tanto a subastas como a concursos así como establecer la posibilidad de que en los casos de un solo licitador, éste pudiera estar incurso en presunción de temeridad. Adicionalmente, debe destacarse la mayor concreción del mecanismo de apreciación al referir distintos supuestos. Concretamente, la regulación se encuentra en los artículos 85 y 86 que se reproducen a continuación:

*“Artículo 85. Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas.*

*Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:*

- 1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
- 2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- 3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.*
- 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.*
- 5. Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.*
- 6. Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.*

*Artículo 86. Valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo.*

- 1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.*
- 2. Cuando se presenten distintas proposiciones por sociedades en las que concurren alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que las integran, se aplicarán respecto de la valoración de la oferta económica las mismas reglas establecidas en el apartado anterior.*
- 3. A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las empresas del mismo grupo que concurren a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados.*
- 4. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer el criterio o criterios para la valoración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo<sup>6</sup>.”*

Ambos artículos tienen carácter básico. Debe añadirse que el artículo 90 RGLCAP excluye de la aplicación a los concursos de las normas del artículo 85 remitiendo, por tanto, a lo que se considere adecuado incluir en los PCAP por los órganos de contratación. Esta cuestión se ha reiterado innumerables veces en los informes de la JCCAE y en las resoluciones del TACRC, es decir, si los PCAP no establecen ningún régimen de apreciación de ofertas con valores anormales en un concurso (procedimiento con varios criterios de adjudicación), no se podrá aplicar ningún mecanismo de prevención de ofertas desproporcionadas.

Debe mencionarse que desde la aprobación de este RGLCAP se cambió la referencia para el cálculo ya que, en lugar de las bajas medias, se tenía en cuenta las ofertas medias presentadas, como recuerda el informe de la JCCAE 47/03, de 2 de febrero de 2004.

<sup>6</sup> El informe de la JCCAE 34/2012 determina que las UTE's en las que forme parte una empresa del grupo, independientemente de su participación en la misma, se considerará que son empresas del grupo a estos efectos prevaleciendo un criterio finalista.



Por último, en materia de regulación, debe recordarse que el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público indica entre las funciones de la Mesa de Contratación la siguiente:

*f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo.*

Es decir, en este momento, la regulación de las bajas temerarias se puede resumir de la siguiente forma:

- 1.- Si se trata de un procedimiento con un único criterio (precio) se aplicará automáticamente los parámetros descritos en el artículo 85 RGLCAP.
- 2.- Si se trata de un procedimiento con varios criterios de adjudicación se aplicarán los parámetros descritos, en su caso, en el PCAP. Si no se establece la previsión significará que se aceptará la oferta económicamente más ventajosa sin que pueda ser considerada en ningún caso como temeraria. Si el órgano de contratación decidiese establecer unos parámetros para la determinación de las bajas temerarias tendrá la posibilidad de establecerlos como considere, siempre que sean acordes con los principios de la contratación pública.
- 3.- El artículo 86 RGLCAP regula la forma de calcular las ofertas temerarias cuando participan en la misma licitación empresas del mismo grupo.
- 4.- Detectada la existencia, tras la aplicación de los parámetros reglamentarios o los previstos en el PCAP, de una oferta con valores anormales, la Mesa de Contratación, con carácter general<sup>7</sup>, solicitará la justificación de la oferta a todos los licitadores incurso en presunción de oferta anormal.
- 5.- Presentada la justificación en el plazo establecido por la Administración, ésta será objeto de análisis por los técnicos designados que deberán elaborar un informe sobre si la oferta es viable de acuerdo con la justificación presentada.
- 6.- La Mesa de contratación podrá considerar la aceptación de la justificación o considerar que la

oferta no puede ser cumplida. Si decide esto último, la oferta será excluida de la propuesta de adjudicación que realice la Mesa al órgano de contratación.

- 7.- El órgano de contratación podrá, motivadamente, aceptar o rechazar la propuesta de la mesa y deberá notificar a los licitadores la adjudicación y, en su caso, la exclusión por oferta con valores anormales.

### 3.- LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES EN EL ÁMBITO DE LAS OFERTAS CON VALORES ANORMALES O DESPROPORCIONADAS

La primera precisión que debe realizarse es que la creación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales deriva de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras. Ello supone que las resoluciones emitidas en la materia hacen mención con carácter exclusivo a la regulación actualmente vigente, es decir, LCSP y TRLCSP. Así mismo, existen resoluciones que tienen como marco normativo de referencia la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

En el **análisis de estas resoluciones** podemos diferenciar los siguientes tipos:

- Las que analizan si los procedimientos de contratación han sido debidamente **motivados y notificados**, ya sea en el acto de adjudicación o en el de exclusión del licitador que se considere que no puede cumplir la oferta realizada.
- Las que analizan si **las justificaciones presentadas y los informes técnicos** son ajustados a derecho, es decir, si las primeras son suficientes para argumentar las razones por la que la oferta presentada es viable y si los segundos analizan la oferta y las alegaciones de manera consistente para proponer la aceptación o el rechazo de la oferta por contener valores anormales o desproporcionados.

Con carácter previo al contenido específico de las resoluciones, nos parece interesante exponer **ex-**

<sup>7</sup> Salvo que el órgano de contratación sea una Junta de Contratación ya que en estos casos no se establece la asistencia de una mesa (artículo 320.1 TRLCSP)

**tractos de diversas resoluciones** que son utilizados de manera reiterada por el TACRC, y que permiten aproximarnos a la filosofía que existe, actualmente, en torno al concepto:

*“La forma normal de actuar en el mundo empresarial, no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación, situación ésta que sólo se produciría si aceptamos los cálculos de costes de la recurrente, es claro también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable.*

*Así las cosas, lo que interesa es determinar si el licitador que resultó adjudicatario se encuentra en condiciones de cumplir el contrato en los términos de la proposición presentada, y a este respecto es necesario reconocer que las alegaciones de la recurrente no han proporcionado elementos de juicio para sustentar la opinión de que no podrá cumplirlo”* (Resolución 24/2011)

*“Se trata de evitar que la ejecución del contrato se frustre como consecuencia de una proposición que en atención a sus valores sea anormal o desproporcionada no cumpliéndose el fin institucional que se persigue en el contrato.”* (Resolución 52/2012)

*“Lo relevante, a efectos de aceptar la proposición económica como viable, es la acreditación de costes de explotación inferiores que justifiquen la baja en el precio, correspondiendo al licitador cuya oferta es presuntamente anormal o desproporcionada dar una explicación suficiente de las ventajas que le permitan una rebaja en el precio”.* (Resolución 52/2012)

*“Debe indicarse que el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación los de libre competencia, no discriminación y transparencia, principios que quedan garantizados mediante la exigencia de que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquella que reúna las mejores condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico.*

*Ahora bien, por excepción, y, precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que reúna tal característica y no sea considerada, sin embargo, la más ventajosa, cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente o desproporcionada o*

*anormalmente baja. En consecuencia, tanto el derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 2044/18/CE), como el español, admiten la posibilidad de que la oferta inicialmente más ventajosa no sea la que sirva de base para la adjudicación.”* (Resolución 40/2012)

Una de las principales cuestiones que se abordan en las resoluciones del TACRC en materia de ofertas con valores anormales o desproporcionados es la **motivación de los actos**. En el caso de que el órgano de contratación estime que una oferta **no puede ser cumplida**, debe proceder como señala el artículo 152 TRLCSP, es decir, excluyendo a dicho licitador y adjudicando a la siguiente oferta más ventajosa. Este acto de exclusión debe ser notificado de manera expresa, si bien, en la práctica se observa que algunos órganos de contratación lo notifican directamente con la adjudicación del contrato. Por tanto, el licitador excluido podrá interponer recurso especial en dos momentos distintos, si bien, de manera no acumulativa.

Conforme al artículo 151.4 TRLCSP, el acto de adjudicación debe contener la información necesaria al excluido para que pueda interponer el correspondiente recurso derivado de la exclusión por oferta con valores anormales, si bien, ello no será necesario si se ha notificado el acto de exclusión de manera expresa con el contenido oportuno. Se exponen a continuación extractos de resoluciones en los que se observa el criterio del TACRC:

*“La LCSP permite dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado, que podrá interponerse a partir del día siguiente a aquel en el que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción, y el recurso especial contra el acto de adjudicación, que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique la adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 314.2 de la LCSP – art. 44.2 TRLCSP–. Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario, de manera que en el supuesto que la mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, éste podrá impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación, supuesto éste aplicable al expediente ahora impugnado”.* (Resolución 52/2012)

*“El objetivo perseguido por la motivación es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados información suficiente sobre cuáles fueron las razones determinantes de su exclusión o descarte, a fin de que el interesado pueda contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado mediante la interposición del correspondiente recurso”* (Resolución 72/2012)

*“La motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de amplitud suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTs de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000).”* (Resolución 72/2012)

*“Una vez analizada la justificación presentada por la empresa, y a la vista de los informes técnicos aportados, la Mesa de Contratación estimó que la oferta presentada por PRAGSIS TECHNOLOGIES, S.L. no podía ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”. Justificación ésta del todo insuficiente para que la ahora recurrente tuviera conocimiento de las causas de su exclusión y así poder interponer recurso debidamente fundado. Si bien es cierto que se proporcionó a la recurrente el informe elaborado por los servicios técnicos, lo cierto es que ello no impide considerar a la notificación como defectuosa, pues ya ha quedado acreditado en fundamentos anteriores la insuficiente motivación del citado informe.”* (Resolución 32/2012)

Se podrían resumir las resoluciones del TACRC en este ámbito de la siguiente forma:

- La comunicación de la exclusión de una oferta por considerar que no puede ser cumplida al contener valores anormales o desproporcionados puede realizarse en el acto de adjudicación o en un acto expreso de exclusión.
- Dicho acto, sea cual sea, debe estar motivado con todas las consideraciones que el órgano de contratación haya tenido en cuenta, de manera sucinta. En este punto no es necesario que se dé traslado del informe técnico, si se asumen las motivaciones de éste, pero sí que se comuniquen los argumentos para considerar que la oferta no puede ser cumplida para garantizar que el licitador dispone de todos los elementos de juicio necesarios para interponer el recurso.
- Cabe que esta información se proporcione con posterioridad mediante el acceso del licitador excluido al expediente, si bien, no sería la actuación más correcta conforme a las resoluciones del TACRC.
- El órgano de contratación podrá adoptar su decisión de manera motivada aun cuando se separe del criterio del informe del asesor técnico.

En los casos en los que se **acepta la justificación** presentada por el licitador que está incurso en presunción de anormalidad, la motivación del acto de adjudicación no debe extenderse a las razones para su aceptación tal y como indica la Resolución 198/2012.

No obstante, ello no impide que otro licitador pueda impugnar la aceptación de la oferta que inicialmente presentaba valores anormales, de hecho, existen múltiples recursos en los que el fondo del asunto es que el recurrente entiende que la oferta del adjudicatario debería haberse excluido por contener valores anormales. Podemos destacar que en ningún caso, de los analizados, se han estimado ese tipo de recursos ya que no se han aportado elementos que permitan señalar que la oferta no podría ser cumplida. En este caso, surge una cuestión adicional como es el derecho de acceso al expediente de los licitadores para poder interponer el correspondiente recurso. Las más recientes resoluciones del TACRC han venido coincidiendo con otros órganos consultivos autonómicos al permitir el derecho de acceso al expediente.

#### **Distintos aspectos relacionados con las justificaciones presentadas y con los informes técnicos respectivos:**

- El carácter objetivo para determinar que una oferta presenta inicialmente valores anormales o desproporcionados impide que en los supuestos en los que se rebase el límite por escaso margen se obvie el procedimiento de verificación de ofertas dado que ello implicaría dejar *“a discreción del órgano de contratación qué exceso o defecto es aceptable”*. (Resolución 74/2012)
- La mera enumeración de certificados ISO sobre organización, gestión o calidad no puede entenderse como una justificación si no se explicita cómo contribuyen a la consecución de una mejor oferta. (Resolución 74/2012)
- La mera referencia a conocimientos técnicos, organizativos, así como en su experiencia no es suficiente para acreditar que su oferta no es anormal o desproporcionada. La exposición de planes de formación bonificados, gastos financieros nulos, costes estructurales competitivos y márgenes comerciales ajustados que no se acreditan no pueden tenerse en cuenta para justificar que la oferta no es desproporcionada. La indicación de costes por tipología sin justificar los criterios de cálculo abundan en la deficiente justificación de su oferta. (Resolución 72/2012)
- Los informes técnicos pueden ser anteriores a las alegaciones si justifican las razones por las que no



debe considerarse la oferta del licitador. (Resolución 56/2011)

- Los informes de los servicios técnicos deben contener previsiones respecto a la relación de costes que se incluyan para acreditar la viabilidad de su oferta y que son los que en definitiva implican que la misma esté incurso en presunción de anormalidad o desproporción. (Resolución 32/2012)
- No existe impedimento para que la mesa de contratación solicite a “xxx” aclaración de aquellos aspectos de su justificación que considere oportuno. (Resolución 32/2012)
- Es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, pudiendo ser esa motivación sucinta, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, en su decisión, puedan razonar o fundar su decisión. (Resolución 32/2012)
- La mera circunstancia de que un convenio colectivo establezca una determinada retribución mínima para la actividad de que se trate no es motivo suficiente para determinar la imposibilidad de cumplimiento del contrato, toda vez que del análisis conjunto del resto de los elementos que componen la oferta puede derivarse exactamente lo contrario. (Resolución 171/2012)
- De acuerdo con lo anterior, entiende este Tribunal que del informe de los técnicos de FREMAP no es posible afirmar, como pretende el órgano de contratación, la imposibilidad de que la recurrente pueda cumplir con el objeto del contrato al precio ofertado, por cuanto aún cuando los técnicos en su informe se refieran a la existencia de dudas en los argumentos de INNOVA DATA CENTER, S.L. para justificar su oferta, lo cierto es que admite las subvenciones y ayudas que cita en su justificación, reconociendo incluso la existencia de margen de beneficio en su estructura de costes, sin que en el informe de los técnicos, ni tampoco en los argumentos que el órgano de contratación remite al recurrente como causa de su exclusión se citen otras causas que hagan inviable su oferta más allá de la referencia que se hace a la disminución del margen de beneficio, lo cual es claramente insuficiente para rechazar una oferta por anormal o desproporcionada. (Resolución 175/2012)
- Es necesario reconocer que ni los informes técnicos elaborados ni las propias alegaciones de la recurrente han proporcionado elementos de juicio suficientes para sustentar la opinión de que no podrá cumplirlo. Por el contrario, el único argumento relativo a esta cuestión se contiene en las consideraciones formuladas por la mesa de con-

tratación en que se alude a las características de solvencia de la empresa adjudicataria y a su trayectoria en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Tales antecedentes claramente avalan que la adjudicataria está en condiciones de cumplir el contrato en los términos de su proposición. (Resolución 37/2010)

- En un supuesto como éste, de oferta anormal o desproporcionada, resulta evidentemente necesario que el órgano de contratación tenga en cuenta, además del precio ofertado, otros aspectos, tales como las características de la empresa licitadora. (Resolución 56/2011)

De todos los aspectos relacionados anteriormente y que han sido considerados por el TACRC en sus resoluciones, podría concluirse lo siguiente:

- a) Una vez apreciada la presunción de oferta anormal o desproporcionada, es el licitador el que asume la obligatoriedad de justificar su oferta, debiendo esta justificación exponer las razones que le permiten ofrecer un precio competitivo. Este conjunto de razones han de ser motivadas y justificadas documentalmente asociándolas con ahorros cuantificados, en la medida de lo posible.
- b) Los informes técnicos deben ser motivados tanto en un sentido como en otro y deben señalar las razones que impiden considerar que la oferta puede ser cumplida. Para ello, deberá argumentar que las justificaciones presentadas adolecen de serios defectos para considerarse o que la oferta económica, si este informe es anterior, es inviable económicamente.
- c) El órgano de contratación podrá separarse del criterio técnico pero debe motivarlo. Esta motivación podrá tener en cuenta diversos factores adicionales al precio como la solvencia (artículo 85.6 RGLCAP) o la experiencia de la empresa.
- d) Los recursos que se planteen por el resto de licitadores en el caso de que el adjudicatario sea el licitador incurso inicialmente en la presunción de temeridad, deberán acreditar que la oferta no puede ser cumplida, al igual que, en su caso, los informes técnicos.

A modo de ejemplo de justificación analizada con detalle por el TACRC, así como el informe técnico, puede observarse la Resolución 121/2012.

#### 4.- ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN ACTUAL

Respecto a la regulación contenida en el TRLCSP no cabe ninguna duda ya que normativiza el aspecto

procedimental que queda claramente definido (salvo el plazo para la presentación de las justificaciones por parte del licitador incurso en la presunción, que consideramos que debería tener un carácter mínimo para evitar la fijación de plazos excesivamente cortos que pudieran ser contrarios a los derechos del licitador). Así, apreciada la existencia de valores anormales o desproporcionados que puedan hacer inviable la oferta se deberá solicitar alegaciones del licitador y el asesoramiento técnico correspondiente. Presentados ambos informes, que en ningún caso son vinculantes, *“la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos”* (Resolución 24/2011 TACRC).

En el caso de procedimientos en los que las ofertas se valoran sólo mediante criterio precio, la normativa anterior se remitía sin ningún género de dudas al artículo 85 RGLCAP para apreciar si las ofertas tenían o no carácter desproporcionado. La aplicación de este artículo, *a priori*, no es compleja, al igual que el artículo 86 para los supuestos de empresas del grupo<sup>8</sup>, ya que señala parámetros objetivos para determinar el reiterado carácter desproporcionado. Así, se diferencia los supuestos de uno, dos, tres o cuatro y más licitadores distinguiendo referencias distintas que se expresan en el siguiente cuadro:

Como puede observarse, la aplicación de este precepto, aunque laboriosa si deben recalcularse diversas medias, queda objetivizada.

**La única cuestión interpretativa que podría discutirse es en relación al último inciso del apartado 3 “en cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales”.** La interpre-

tación dada a este inciso por la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia en su Dictamen 2/2002, concluye que debe referirse al presupuesto base de licitación, de tal manera que una vez detectada en su caso la oferta con valores anormales debe realizarse un cálculo adicional para calificar como oferta con valores anormales a las que se encuentran por debajo de ese 25 %.

Esta interpretación implicaría que en determinados supuestos la determinación de oferta desproporcionada no se realizaría por la comparación con otras ofertas sino en relación con el presupuesto base de licitación (siguiendo esta interpretación) lo que consideramos erróneo e inconsistente con el resto del articulado ya que en el propio apartado 2 (metodología para el caso de dos ofertas) no se menciona

	Miles de €	Observaciones
Presupuesto Base de Licitación	210,00	
Oferta Licitador 1	170,00	
Oferta Licitador 2	152,00	
Oferta Licitador 3	147,00	
Media aritmética de ofertas	156,33	
Límite inferior (- 10% Media)	140,70	Ninguna oferta estaría en presunción de temeridad
Límite superior (+10 % Media)	171,97	No se excluye a la superior del cálculo de media
< 25 % de PBL	157,50	Las ofertas de los licitadores 2 y 3 estarían inicialmente incursas en temeridad

Nº Licitadores	Referencia	% límite inferior (1)
1	Presupuesto Base de Licitación	>25%
2	Oferta superior	>20%
3	Media aritmética de ofertas (pero se excluirá del cálculo la oferta superior si fuese superior en un 10 % a esa media, calculando en consecuencia otra media).	>10%
4 ó más	Media aritmética de ofertas (pero se excluirá del cálculo las ofertas que fuesen superiores en un 10 % a esa media, calculando en consecuencia otra media con el resto, no pudiendo ser elaborado con menos de tres ofertas).	>10%

(1) Excepcionalmente, este límite puede reducirse en un tercio si el órgano de contratación lo indica en el PCAP motivadamente.

<sup>8</sup> Se indicó anteriormente que el Informe de la JCCAE 27/05 de 29 de junio de 2005 aclaraba la interpretación de este precepto en relación con los efectos y, recientemente el informe 34/2012 ha señalado que en caso de UTE's se aplica este precepto independientemente de la participación de la empresa del grupo en la UTE al preponderar el carácter finalista.

ninguna referencia adicional. En el siguiente ejemplo se demuestra la afirmación anterior:

En nuestra opinión, este inciso debe interpretarse respecto a la media inicial, es decir, si una vez realizada la primera media hay que calcular una nueva

media con las dos ofertas más bajas para determinar la presunción, la media inicialmente calculada se obvia salvo para establecer ese límite del 25 % en cualquier caso.

Por todo lo anterior, se considera que el desarrollo reglamentario del TRLCSP debería aclarar este apartado para garantizar una aplicación lógica ya que, como se ha dicho y reiterado por la JCCAE, la apreciación de si una oferta presenta valores anormales o desproporcionados debe concluirse al comparar las ofertas y no al referenciarlas al presupuesto, salvo el caso de un solo licitador por cuestiones obvias de inexistencia de referencias de mercado que es representado por los licitadores que se presentan.

Por otra parte, con el TRLCAP, este artículo era **aplicable de manera automática** en los supuestos de procedimientos con subasta, abiertos o restringidos. Como hemos citado anteriormente, la redacción del artículo 152.1 TRLCSP incluye la palabra *podrá*, lo que nos permitiría concluir que este automatismo dejaría de existir. Hemos de señalar que la diversidad de objetos contractuales que las Administraciones Públicas pueden contratar nos llevaría a otorgar una finalidad lógica a esta opción, siendo el órgano de contratación el que, a través del PCAP, determinase los parámetros objetivos para apreciar los valores anormales o desproporcionados en función del sector de actividad al que se dirigiese.

En la situación actual de crisis económica las licitaciones con publicidad se están caracterizando por la existencia de bajas muy significativas, especialmente, en los contratos de obras pero también en otros sectores prestadores de servicios.

Este sector de obras, por ejemplo, se está tratando igual que otros como los servicios de limpieza o de seguridad, sin que se puedan establecer matices por el órgano de contratación, salvo la reducción de un tercio de los porcentajes prevista en el 85.5 RGLCAP. Los márgenes comerciales, por ejemplo, que se aplican en cada sector son muy diferentes e incluso el grado de detalle de los presupuestos de licitación que permiten justificar y controlar adecuadamente las bajas.

Los sectores de servicios contratados por la Administración son, generalmente, intensivos en mano de obra sujeta a un convenio colectivo por lo que la apreciación de las bajas temerarias debe tener en cuenta esta rigidez de costes salariales, así como, en su caso, las subvenciones que perciba de distintas Administraciones Públicas por sus empleados. No obstante, otros tipos de servicios son de carácter intelectual por lo que los márgenes de reducción pueden ser más relevantes como es el caso de los proyectos de obra, los estudios jurídicos, los relacio-

nados con trabajos de auditoría y consultoría...ya que prima un factor de organización y experiencia superior a los servicios de seguridad o de limpieza, por ejemplo.

Los sectores de actividad relacionados con las obras tienen un detalle exhaustivo de los componentes del presupuesto por lo que su justificación, en caso de apreciación de valores anormales, se puede realizar y analizar de una manera cómoda y objetiva. La composición del presupuesto de obras parte de unos costes directos a los que se adicionan unos gastos generales en % y un beneficio industrial en % (ver artículo 131 RGLCAP), por lo que las ofertas son básicamente comparables ya que algunas presentarán mejores condiciones para minorar costes directos o aceptarán renunciar al beneficio industrial u optarán por minorar la aportación del contrato concreto a la financiación de los gastos generales.

En el ámbito de los suministros en los que sólo es valorable el precio (ver artículo 150.3.f) TRLCSP) o en los que el resto de aspectos valorables se establecen como parte obligatoria de la oferta por lo que sólo se valora el precio, consideramos que los márgenes de minoración de ofertas dependerán mucho de los productos que se liciten aunque en términos generales será más homogéneo que el resto de los contratos típicos.

Por ello, entendemos que **no cabe una solución única**<sup>9</sup> para todos como se establece en la actualidad y que la posibilidad de que se permita a los órganos de contratación optar por unas referencias u otras sería acertado, si bien, estableciendo un sistema a nivel reglamentario que actuase de modelo de manera similar al actual artículo 85 RGLCAP. Con ello podríamos apreciar mejor cuando las ofertas presentan valores anormales y hay riesgo de que no se cumpla adecuadamente el contrato.

De cualquier forma, es **imprescindible introducir en los pliegos reguladores**, en aras de garantizar la ejecución del contrato haciendo efectivo el principio de eficiencia y de necesidad del contrato, una regulación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados, tanto en los casos en los que sólo se valora el precio como en los supuestos en los que existen diversos criterios de valoración.

Por otra parte, no se regula la figura del **asesor técnico**, por lo que esta función recae en el mismo equipo que elabora los informes relativos a criterios no evaluables mediante fórmula, y que serán

<sup>9</sup> Así lo estima también el informe 11/14 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.



posteriormente los gestores del contrato. Esta coincidencia puede generar cierto conflicto de intereses ya que son conocedores de la totalidad de las características de las ofertas desde un punto de vista técnico y económico. Por ello, sería una buena práctica de los órganos de contratación la designación de asesores técnicos en la materia distintos del centro gestor. Consistiría en disponer, en la medida de lo posible, de asesores técnicos en la materia de distintos centros gestores que fueran designados para hacer este informe asesorando al órgano de contratación. Se trataría de un esquema muy similar al previsto para los actos de comprobación material de la inversión que realiza la IGAE en los que el Interventor es acompañado, cuando es necesario, por asesores técnicos ajenos al centro gestor.

Por último, existen algunas prácticas que intentan “proteger” el interés público mediante una regulación particular de la valoración económica o de la definición de baja desproporcionada:

La primera de ellas es considerar que la valoración de las ofertas económicas a partir de cierto importe es la máxima, independientemente de que la oferta sea inferior. Esta práctica no parece adecuada al principio de oferta económicamente más ventajosa previsto en la normativa nacional y comunitaria ya que se debe asegurar que la oferta más baja es la mejor puntuada.

Evidentemente, es una forma de valoración que contiene las bajas de licitación al desmotivar a los operadores a reducir sus márgenes para conseguir el contrato.

La segunda práctica es establecer unos parámetros objetivos de apreciación de las bajas desproporcionadas dependientes del porcentaje que representa la media de las ofertas respecto al presupuesto de licitación. Así:

% de baja de la oferta media respecto al presupuesto	% de baja de la oferta sobre la media para considerarla desproporcionada
De 0 a 10 .....	15
De 10,01 a 20 .....	10
De 20,01 a.....	5

En este caso, aunque parece respetarse la comparación respecto a la baja media, lo cierto es que matemáticamente se puede calcular en relación con el presupuesto de licitación por lo que se está incumpliendo el principio de que las bajas son desproporcionadas en relación con el mercado.

En consecuencia, esta forma de proceder es, en nuestra opinión, un intento de controlar las ofertas desproporcionadas contraria al espíritu de la normativa que pretende detectarlas por comparación con el mercado sin injerencias de la Administración al determinar el presupuesto de licitación, que, por otra parte, debería ser ajustado al precio general del mercado (artículo 87 TRLCSP) aunque en la realidad...

Por último, conviene plantear que en el caso de que una oferta se declare que presenta valores anormales y se excluya, el efecto directo es pasar a la siguiente oferta según el orden establecido (artículo 152.4 TRLCSP). No obstante, ello implica que si hay tres licitadores, la valoración de la puntuación se ha hecho teniendo en cuenta las tres ofertas económicas por lo que si se excluye a una, ¿no sería lógico valorar de nuevo con las dos restantes? Esta cuestión, resuelta desde el punto de vista legal y aplicada igualmente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado para el caso de no justificación o justificación inadecuada de la documentación acreditativa de las condiciones de aptitud y solvencia,<sup>10</sup> no parece lógica dado que una oferta excluida condiciona el resultado de la adjudicación e incluso podría darse el caso de que apareciesen nuevos supuestos de ofertas con valores anormales. Quizás, esta cuestión debiera revisarse en un futuro porque si hay que analizar si las ofertas son desproporcionadas respecto al valor de mercado (media de las ofertas), no podemos considerar para calcular la media del mercado una oferta excluida por desproporcionada.

## 5.- OTRAS REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO

No obstante todo lo anterior, la mayor complejidad que se presenta en el procedimiento descrito es la relativa a qué se entiende por “oferta que puede ser cumplida” o qué oferta es “viable económicamente”. Aunque se prevé la posibilidad de que se describan mecanismos para apreciar la desproporción de la oferta en criterios de adjudicación distintos del precio, la diversidad de posibles criterios, pero también la general omisión de estos mecanismos, hace que centremos estas reflexiones en la oferta estrictamente económica. Parece lógico que se deban contemplar, al menos, otros criterios evaluables mediante fórmula en la apreciación de este hecho ya

<sup>10</sup> Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación de algunos preceptos del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público tras la modificación de la misma realizada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

que las reducciones de plazo o la aportación de personal adicional pueden tener efecto en la viabilidad económica de la oferta.

La filosofía que está detrás de todo este sistema es garantizar que el licitador podría ser capaz de ejecutar el contrato en los términos descritos, lo que nos llevaría a analizar la rentabilidad económica desde una óptica empresarial.

Teniendo en cuenta la diversidad de sectores de actividad que pueden participar en un procedimiento de licitación público, sería inútil intentar establecer con precisión qué costes deberían incorporarse como mínimo para considerar que la oferta formada por los mismos puede ser viable. No obstante, podríamos plantear los siguientes principios relativos a la presentación de ofertas y su viabilidad económica:

- **Las ofertas deben cubrir, como mínimo, los costes directos del servicio, suministro u obra.** En nuestra opinión, las empresas pueden decidir que en la medida en que un contrato le va a generar un flujo económico superior a los costes que genera de forma directa, le puede ser rentable conseguir dicho contrato a ese precio dado que le permitirá financiar unos gastos de estructura en los que incurre tenga o no actividad la empresa (personal de estructura de la empresa, costes fijos de inmovilizados,...)
- **Las ofertas no tienen por qué incorporar beneficio industrial,** es decir, por todo lo expuesto con carácter previo, el beneficio del contrato puede sacrificarse por la empresa para poder tener actividad que le reporte ingresos, máxime si el cliente es la AGE en la que la morosidad es muy reducida.
- Las cuestiones anteriores son propias de momentos de crisis pero incluso en épocas de bonanza, las ofertas con valores anormales pueden ser justificadas por la necesidad de obtener **cuota de mercado en el sector público o por el interés de obtener cifra de negocio en un ámbito territorial concreto u otras consideraciones** que explican las razones por las que la oferta presentada es tan diferente de la media del sector (representado por el resto de licitadores).
- En todo caso, **la carga de la prueba corresponde al licitador** por lo que, a través de la justificación prevista en el procedimiento, deberá acreditar la estructura de su oferta económica e intentar argumentar como “*el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo*

*vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado*”, le permite presentar una oferta tan competitiva.

## 6.- LA DIRECTIVA 2014/24 Y EL TRATAMIENTO DE LAS OFERTAS ANORMALES

El 28 de marzo de 2014 se publicó en el DOUE la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. El artículo 69 está dedicado a las ofertas anormalmente bajas:

- “1. Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate.
2. Las explicaciones contempladas en el apartado 1 podrán en particular referirse a lo siguiente:
- a) el ahorro que permite el proceso de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción;
  - b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras;
  - c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;
  - d) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 18, apartado 2;
  - e) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 71;
  - f) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.
3. El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2.
- Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2.*
4. Cuando el poder adjudicador compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazar la oferta por esa única razón si consulta al licitador y este

*no puede demostrar, en un plazo suficiente, fijado por el poder adjudicador, que la ayuda era compatible con el mercado interior, a efectos del artículo 107 del TFUE. Los poderes adjudicadores que rechacen una oferta por las razones expuestas deberán informar de ello a la Comisión.*

5. Los Estados miembros pondrán a disposición de los demás Estados miembros, previa solicitud y mediante cooperación administrativa, toda la información de que dispongan, sean disposiciones legales y reglamentarias, convenios colectivos universalmente aplicables o normas técnicas nacionales, relativa a las pruebas y documentos justificativos presentados en relación con los elementos enumerados en el apartado 2.”

El texto aprobado es continuista con la directiva anterior y no avanza, como sí hacía el borrador elaborado por la Comisión Europea, en la fijación de criterios para entender que una oferta presenta valores anormales. El citado borrador planteaba lo siguiente:

“Los poderes adjudicadores **exigirán** a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes facturados, cuando se cumplan **todas las condiciones siguientes**:

- (a) que el precio o el coste facturado sea inferior **en más del 50 %** a la media de los precios o costes de las restantes ofertas;
- (b) que el precio o el coste facturado sea inferior en más de un 20 % al precio o los costes de la segunda oferta más baja;
- (c) que se hayan presentado al menos cinco ofertas.”

Este cambio supone no adoptar un cambio fundamental en la materia y que hubiera supuesto una transformación radical del esquema hasta hoy existente, lo que se puede comprobar fácilmente si se observa el artículo 85 RGLCAP.

## 7.- CONCLUSIONES

Con todo lo señalado, se puede concluir lo siguiente:

1. La aplicación de este concepto es muy **casuística** por lo que no cabe establecer instrucciones generales para entender que las ofertas pueden ser viables. Las resoluciones del TACRC ayudan a entender la filosofía que respalda al concepto y permite obtener algunas pautas sobre la justifi-

cación de las ofertas y sobre el contenido de los informes técnicos y acuerdos del órgano de contratación al respecto, si bien, no cabe una regulación normativa detallada en mayor o menor grado.

2. El próximo desarrollo reglamentario del artículo 152 TRLCSP (o de la norma que transponga la nueva directiva) debería otorgar una **mayor libertad a los órganos de contratación** en los casos en los que se aplique sólo criterio precio dada la diversidad de mercados a los que se puede dirigir la Administración. En nuestra opinión, el artículo 152.1 TRLCSP otorga esta posibilidad para los supuestos de único criterio precio, para el resto de los procedimientos ya se establece esta posibilidad en el artículo 152.2. TRLCSP.
3. El concepto de baja desproporcionada implica que debe analizarse el **comportamiento desde la óptica empresarial**, es decir, que ningún operador presenta una oferta para no obtener beneficio. No obstante, bajo determinadas condiciones, la no obtención de beneficio responde a una lógica empresarial concreta de contribución a gastos generales (modelos direct-costing) o la obtención de beneficios no cuantificables relacionados con estrategias empresariales de implantación territorial que utilizan el sector público (más accesible y transparente en muchos casos) como vía de acceso a los mercados regionales o locales.
4. Ese desarrollo debería establecer mecanismos para apreciar las ofertas anormales en línea con el sistema actual aclarando la interpretación del artículo 85.3 RGLCAP expuesta anteriormente. Así, podría incorporarse el plazo para la presentación de la justificación para evitar la disparidad existente.
5. Los órganos de contratación deben avanzar en la consideración de este procedimiento como algo más que un *mero trámite* ya que **se trata de una excepción del principio de oferta económicamente más ventajosa, por lo que, en caso de exclusión por razones de interés público** (la oferta no puede ser cumplida), **debe motivar de manera concreta las razones para ello**. De manera análoga y en aras del interés público deberá asegurarse de que la oferta puede ser cumplida en su configuración actual. Adicionalmente, podría constituir una buena práctica la designación de asesores técnicos no pertenecientes al centro gestor, conocedor de la evolución del proceso y que tiene un interés directo. ■